EXMO. SEÑOR:

82311

Aunque muy voluminoso el presente pleito el punto sometido á la ilustrada resolucion de V. E. no es complicado ni dificil.

La parte contra-demandante es la que mas se ha empeñado en causar la complicacion, ya aglomerando testigos, ya acumulando documentos, papeles y espedientes, con que ha conseguido en primera instancia iludir y estraviar el ánimo del Juez.

En los alegatos de f. 433 y f. 679 se ha clasificado y apreciado el valor legal de las pretendidas pruebas del contrario, y ya por eso como por que lo que importa al triunfo de la verdad y, de la justicia es simplificar el asunto me concretaré á discutir la nulidad y la injusticia de la sentencia apelada tomando por base los principios del derecho, y las disposiciones legales del caso.

La contra-demanda de D.ª Maria Angelica Borches fundada en la supuesta propiedad de los campos, y en la pretendida prescripcion de *veinte años* f. 105 v. y f. 106 v. vino á hacer, el principal objeto de la controversia *la propiedad* y el titulo que cada parte aducía é invocaba para sostenerla.

El punto de la posesion habia sido ya resuelto con motivo del interdicto que la Borches promovió y desde que ella prefirió entrar desde luego en el pleito de propiedad prescindiendo del ordinario de posesion, no había para que ocuparse de esta.—Sin embargo fué lo que ella hizo y con el intento de suplir la ineficacia de su pretendido titulo de propiedad, presentó numerosos testigos sobre la posesion, que aparte de las tàchas y defectos ya espuestos tenian y tienen el de ser estemporaneos, el no hacer al pleito, y la ley recopilada prohibe se admitan pruebas de esa clase y que admitidas se tengan por nulas y de ningun valor.

Igualmente es fuera de la cuestion cuanto se ha alegado contra el contrato de arrendamiento de 1.º de Enero de 1848, pintándolo como un acto de violencia y de despojo y presentándose la contra-demandante como víctima del poder dictatorial del General Oribe á quien imputa sin probarlo, por que era

imposible esa prueba, que abusaba de ese poder en favor de sus intereses personales, cuando en aquella época no faltaban individuos que discutiesen en juicio con el mismo General Oribe los derechos que creian tener, ni faltaban jueces que procediesen con independencia en esos pleitos, ni abogados que defendiesen á la contra parte del General.

Si el inferior, se hubiera penetrado mejor del verdadero punto litigioso habria desdeñado y menospreciado como se merecian esas declaraciones que de nada valen para mejorar los títulos que invoca la Borches que aunque en realidad hubiese sufrido esas violencias que tanto se encarecen, *ellas no constituirian ni unmodo de adquirir ni un título traslativo de propiedad.*

Sín el estravio y ofuscacion del inferior, el resultado del pleito habria sido muy diverso en primera instancia y confio en que ha de serlo así en segunda porque inspirándose V. E. en los elevados y nobles fines de la magístratura judicial y con mas estudio y mas conocimientos profesionales, contraerá la atencion al punto de la controversia y encontrará en los mismos fundamentos de la sentencia del inferior, la demostracion mas completa de su nulidad y de su injusticia.

Aun en la hípotesis de que el contrato de arrendamiento hubiera sido un acto de violencia y despojo ¿cuál seria la consecuencia legal respecto á la supuesta posesion de los herederos de Borches y respecto de la de mis representados?

Las institutistas enseñan que pierde la posesion de la propiedad raíz *el que es echado de ella por fuerza* y la ley 17 tit. 30 P. 3.ª dice espresamente: «Ca si ome es tenedor de alguna cosa que sea raiz non pierde la tenencia de ella, sino por una de *estas tres maneras, la primera es si lo echan de ella por fuerza*, luego si la sucesion Borches fué echada por fuerza, sí eso importa el contrato de arrendamiento, la sucesion perdió la posesion y ese contrato perjudica á todos no solo á D.ª Angelica sino á los demas interesados en dicha sucesion.

Así lo entendieron ellos, y por eso se presentaron al Juzgado f. 66 en Noviembre de 1852 dándose como víctimas de las violencias y del despojo y pidiendo ser repuestos y amparados en la posesion.

Pero lejos de obtener lo que pretendian, el Juzgado se los negó á f. 76 por los fundamentos legales enunciados en el auto de 23 de Diciembre de aquel año y confirmado por el superior de f. 80 que conviene trascribir: «Se confirma con costas el auto apelado por sus *fundamentos*, por ***hallarse prescripta*** *segun derecho práctico* la accion estraordinaria deducida, aun computándose su término desde el 8 de Octubre de 1851 y porqué aun en otro caso la informacion es viciosa.»

No hubo pues violencia ni despojo, sobre esto existe ya cosa juzgada y sin embargo el contrario ha inculcado en esa violencia y el inferior ha hecho de ella uno de los motivos de la sentencia!

Pero en la hipotesis de haber ocurrido el caso de víolencia y despojo, la accion extraordinaria estaba *prescripta* y los despojados habian perdido la posesion sin tener ya accion para ser repuestos en ella.

El derecho práctico que ínvoca el Superior Tribunal lo testifican muy dis-

tinguidos autores y constituye jurisprudencia general, de manera que en varios de los códigos modernos se encuentra formulada y establecida esa prescripcion.

De notar es que el auto Superior cuenta el año desde el 8 de Octubre de 1851 es decir, cuando la situacion política del pais habia cambiado completamente, siendo abandonado el General D. Manuel Oribe hasta de los que parecian sus mas decididos amigos, quedando solo, sin poder y sin influencia ante las autoridades del pais.

Los pretendidos despojados no alegan que la coaccion, la violencia y el miedo, les impidiese entablar su accion de despojo, ni la misma D.ª Angelica se consideraba despojada al conferir su poder para pleitear; y seguramente el interdicto restitutorio no se habria deducido á no contar los actores, ó su apoderado con las ventajas que creian encontrar en circunstancias tan desfavorables para su contra-parte; pero para honor de la magistratura judicial que sabe sobreponerse á todo interès que no sea el de la ley y de la justicia, la tentativa del apoderado de los Borches fracasó, dándoles un resultado muy diverso del que buscaban, pues lejos de quitarle la posesion del campo á mi representado quedó judicialmente amparado en ella con declaracion de que f. 76 y f. 80 las leyes citadas por mi á f. 65 *eran aplicables al caso.*

Esas leyes son la 22 tit. 29 y 5 ª tít. 30 P. 3 y la 4.ª tit. 15 tit. 4, y R. C. segun las cuales la posesion se conserva por medio del inquilino ó colono y la Borches fué declarada inquilina y arrendataria de mi parte, en virtud del contrato de arrendamiento *por no haber probado* las violencias ó actos arbitrarios que se decian empleados por el arrendador para obtener dicho contrato; sentencia de f. 76 confirmada por sus fundamentos á f. 80.

La otra ley citada por mi á f. 65 que esas dos sentencias juzgaron *aplicable* al caso es la ley 2 tit. 13 tít 4.º R. C. que prohibe se quite la *posesion al que la tiene* sin ser antes citado y vencido en juicio.

De manera Exmo. Señor, que declarada aplicable esta ley, queda reconocida la *posesion* de mi parte y amparada en ella sin podérsela quitar mientras no fuera vencido en juicio.

Comprendiéndolo asi la sucesion Borches contrademandó por la *propiedad* de los campos y desde entonces se echó sobre sí el gravamen de probar esa propiedad, y no probándola con títulos legales, el campo debe continuar en poder del poseedor.

Asi lo dispone terminantemente la ley 28 tit. 2 P. 3.ª

El testo de esta ley dice: Pro muy grande nace á los tenedores de las cosas, *quier las tengan con derecho ó non ca maguer* los que los demandasen dijesen que eran suyas, si no lo pudieran probar que les pertenecia el señorio de ellas, *siempre finca la tenencia* en aquellos que la tiene *maguer non muestren ningun derecho que han para tenerlas.*

Segun esta ley para resistir mi parte la demanda de la Borches no necesitaba contraponer á su pretendido titulo de propiedad otro título; pues ni siquiera estaba obligada á probar que poseia con derecho, que tenia la cosa con derecho desde que aun teniéndola *sin derecho* no se le podia quitar por los Borches sin que estos probasen que *era suya* y semejante prueba no

la han dado; por que el inferior no ha juzgado el *valor legal de su título* y los Borches han consentido esa parte de la sentencia que les es *desfavorable* puesto que la consecuencia necesaria y legal que de ella se sigue es que la *tenencia* de la cosa *finque* en el que la tiene, téngala con derecho ó sin derecho, como lo manda la ley transcripta que el inferior ha infringido y violado viciando de nulidad su sentencia.

Esa violacion es todavía mas atentatoria é irritante atendiendo á que mi parte poseia *con derecho* cuando la Borches demandaba la propiedad, pues poseia amparada por la justicia, reconocida y declarada su posesion por sentencias ejecutoriadas como las de f. 76 y f. 80 y por el auto superior de f 233 confirmado por sus fundamentos á f. 243 es á saber: *por que eran atentatorias á los derechos que por sentencias ejecutoriadas estaban reconocidos á favor de mi parte, las prohibiciones contenidas en el auto de f. 225 vta. espedido á solicitud de Borches.*

El apoderado de Borches no puede argüir con que mi representado ha sido el demandante, pues no demandó, ni podia demandar la propiedad del campo á quien no la poseia, y á quien representaba su posesion y basta la posesion para poder arrendar un campo que el arrendatario debe dejar desocupado terminado el arrendamiento y cuyo desalojo puede demandar el poseedor arrendador.

En cuanto á la contienda sobre propiedad, la sucesion Borches es la actora contra mi representado que es el poseedor y no puede ponerse en duda que á ella le incumbe probar la propiedad que invoca y afirma.

Y que no la ha probado, se demuestra con la misma sentencia apelada que prescinde de la cuestion sobre el mérito y valor legal que respectivamente tengan los títulos que las partes litigantes han presentado; luego para el inferior los títulos de los Borches no prueban el dominio ó señorio alegado, y aunque en su concepto tampoco lo prueban los títulos de mi parte, la posesion debe *prevalecer* de conformidad con la ley de Partidas invocada.

Lo singular es, Exmo. Señor, que la misma sentencia que prescinde del mérito y valor legal del título de los Borches, lo declara justo y hábil para prescribir!!

El título justo que se requiere para la prescripcion es el título hábil para prescribir la propiedad, luego es indispensdble averiguar y decidir previamente el valor legal de ese título, y mientras esto no se haga, no hay título hábil para prescribir, y falta uno de los requisitos esenciales para la prescripcion.

La consecuencia lógica, racional y legal de la prescindencia del inferior respecto del *valor legal* de los títulos respectivos, seria que ninguna de las partes litigantes habia podido prescribir y en tal situacion la que POSEA debe continuar en la posesion como lo manda la ley.

Despues de estas observaciones es escusado detenerse en lo relativo al tiempo que hayan poseido los Borches, y me limitaré á observar—1.º que ellos no han probado que su posesion haya sido contínua y no interrumpida—2.º que tampoco han probado desde cuando empezó á correr el término en perjuicio de mi representado, ó lo que es lo mismo, cuando *supo* mi repre-

sentado que á ellos se les habia vendido el campo, circunstancia señalada por la ley para que empiece á correr el término de la prescripcion.

« Sabiendo ó creyendo ciertamente el que enagenase cosa que fuese raiz « que non habia derecho de lo facer estonce aquel que la rescibiere de él, « non la podria ganar por menos tiempo de *treinta años,* fuera ende si el « señor de la cosa que avia derecho en ella, *supiere que se enagenaba, é non « la demandase del dia que lo supiere fasta diez años seyendo en la tierra ó « fasta veinte años seyendo en otra parte.* »

Los Borches ni siquiera han tentado justificar aquel hecho, pues en su interrogatorio f. 379 no se articuló una sola palabra á su respecto, ni tampoco sobre el dia en que empezó su pretendida posesion *ánimo domini*; para la prescripcion de veinte años que ellos invocaron en su contra-demanda de f. 106, y que despues han querido reducir á la de diez años no obstante la ausencia del General D. Manuel Oribe representante y administrador legal de los bienes de su esposa.

Pero sea la prescripcion de *diez ó de veinte años,* se requiere título habil para transferir el dominio, y ya hemos visto que el inferior ha prescindido de apreciar el *valor legal* del título de los Borches, y estos han aceptado esa prescindencia.

Las razones de equidad en que se fundó el legislador de las Partidas son tanto mas aplicables en este pais atenta su despoblacion, y las contínuas revueltas, á cuya sombra puede apoderarse un intruso de un campo cuyo dueño reside á gran distancia sin que se aperciba de ese hecho, y como contra *el ignorante no corre término,* la ley exige muy cuerdamente que el tiempo de la prescripcion se cuente desde que el propietario *sepa ó conozca la posesion del tercero* y no lo demande.

Esa Ley de Partidas es la rigorosamente aplicable al caso y no las que cita el inferior, cuyas disposiciones deben necesariamente uniformarse con aquella.

No consta de autos cuando mi parte supo la posesion ó la ocupacion que alegan los Borches, ni se puede presumir esa creencia del hecho de la mensura de que instruyen las diligencias de f. 31 á f. 32 que por el contrario forman prueba de que esa operacion fuè clandestina respecto de mi representado, á quien no se notificó ni se citó calculadamente; á pesar de la espresa disposicion del juzgado para que se citara á todos los linderos; y como linderos menciona el agrimensor los terrenos de D. Felipe Contucci por el Oeste, agregando: « y asistieron los colindantes del *Norte y Sur* à la mensura sin « oposicion. »

No asistió el lindero del *Oeste,* la parte de Contucci; y de consiguiente la mensura no le perjudica, no quita ni dá derecho respectivamente á las partes y si la de Borches se abstuvo de solicitar la notificacion y citacion de la de Contucci como le convenia para los efectos legales de la mensura, fué por que sabia que se le opondria y resistiria á la mensura que invadia su propiedad.

La mensura se practicaba en 30 de Junio de 1835 despues que en 10 de Febrero del mismo año se habia otorgado por el Gobierno de la República le

escritura pública de propiedad á favor de la parte de Contucci.

Y ya que mencionamos esta escritura es llegada la oportunidad de demostrar la enorme injusticia de la sentencia apelada en cuanto declara: «que los derechos de la sucesion Borches sobre la propiedad, y la posesion del campo materia de la contrademanda, son mejores que los de la sucesion Contucci.»

Ecsaminemos los títulos respectivos.

En el de Contucci se leen estas cláusulas:—« portanto y en uso de las fa-« cultades que invisto declaro desde hoy en adelante y para en todo tiempo, « por dueño absoluto de los terrenos espresados en los precedentes insertos, « á D. Felipe Contucci sus herederos y sucesores ó quienes de él, ó de ellos « su derecho ó causa hubieren bajo la estension y límites especificados; para « que usen y gocen de ellos, los vendan ó enagenen á su voluntad, sin depen-« dencia de persona alguna, como cosa suya propia habida y adquirida con « justificado derecho, y justo título como el presente lo es. Y en su conse-« cuencia ordeno y mando se le haya, tenga y reconozca por tal dueño y pro-« pietario de los enunciados terrenos y cualquiera autoridad de las del terri-« torio del Estado á quien ocurra le ampare y proteja en dicha propiedad sin « permitir que persona alguna por ningun pretesto ni motivo le inquiete ni « embarace en la posesion de los espresados campos.»

¿Y qué oponen los Borches á este título tan solemne en su forma y tan esplícito en sus términos?

La informacion sumaria de f. 20 á f. 28, esa informacion que segun el Ministerio fiscal f. 504 *está muy lejos de justificar la enagenacion fiscal de las tierras á que ella se refiere, que no tiene fuerza alguna legal, que no vale nada* F. 521 VTA.

Cierto es que el fiscal ha combatido tambien el título de mi representado pero no en cuanto á su forma y términos, sino por la falta de facultades que supone en las autoridades que efectuaron la enagenacion.

Cuando llegue el caso, si es que se permitiera el fiscal poner en tela de juicio la validez de ese título despues de *veinte y cinco años* y del decreto superior de 15 de Enero de 1867, demostrariamos los errores en que ha incurrido aquel funcionario.

Mientras en pleito contencioso con el fiscal ese título no se anulase, y seguramente no se anulará, debe respetarse y con tanta mayor razon en las cuestiones y contiendas entre particulares; pero la informacion en que se amparan los Borches no vale nada, como lo afirma el fiscal, ni con relacion al fisco ni con relacion á la parte de Contucci que no fué citada y á quien perjudicaba puesto que se trataba de una cosa que ella poseía ya á *título oneroso* como lo reconoce el fiscal á f. 521 vta.

Por ser insuficiente, informal y defectuosa la informacion, el apoderado del General Rivera ni pidió que el Juzgado declarase adquirido el terreno por prescripcion, ni ocurrió al Gobierno para que le espidiese el título respectivo, no obstante que se le entregó la informacion *para los fines que pueda convenir á los derechos de su parte.*

Pero aun en la hipótesis, Exmo. Señor. de que en vez de esa informacion defectuosa é ineficaz hubieran recibido los Borches un título tan solemne y

esplícito como el de Contucci, deberia este último anteponerse, y considerarse de preferencia los derechos de Contucci, desde que la fecha de la espedicion del titulo fué anterior, *el 10 de Febrero de 1835*; y la del auto *que terminó* la informacion mandando que se entregara al apoderado Bejar fué el 23 de Setiembre del mismo año f. 28.

V. E. ha resuelto no ha mucho en ese sentido un caso análogo confirmando el auto de vista.

En pleito de los herederos de D. Antonio Latorre con D. Lorenzo Medina, sucesor de los Almeidas, se exibieron titulos en forma por ambas partes, y á pesar de que de los mismos títulos de Almeida constaba que al denunciar los terrenos indicaba por lindero á Latorre, como el título de Almeida tenia fecha anterior, se le acordó preferencia y se dispuso que debia enterarse préviamente su área de terreno á los Almeidas.

En nuestro caso es con mucha mas razon debida la preferencia á los derechos de Contucci, puesto que los Borches no tienen *títulos primitivos* y es además un deber de los magistrados, no solo preferir el título de Contucci, sinó de respetarlo en virtud del decreto superior del 15 de Enero que acabo de citar.

Ese decreto en su artículo 14 declara que el Estado reconoce todas las obligaciones que derivan de las ventas, adjudicaciones y contratos celebrados por los *gobiernos anteriores* toda vez que no adolezcan de vicios insanables ó que los derechos adquiridos por tales contratos no hayan caducado bajo el punto de vista de la legislacion presente, quedando en su consecuencia prohibido á los tribunales acojer demandas ó continuar las gestiones pendientes sobre tales asuntos.

Este artículo es terminante y garante á mi representado no solamente en la propiedad de los campos; sino de ser inquietado y molestado en sus derechos de dominio y posesion, goce y disfrute de los campos.

Ningun vicio insanable de nulidad afecta al título espedido por el *Gobierno* á favor de Contucci pues como ya lo he notado se halla revestido de todas las formas legales --La falta de autorizacion ó de facultades en el Gobierno objetada por el Fiscal, aun en la hipótesis de ser exacta, quedaría subsanada por la aprobacion del decreto citado, que reconoce las obligaciones que se derivan de los títulos, *adjudicaciones* y contratos de los Gobiernos anteriores.

El artículo no hace esclusion ni limitacion, ni entra á indagar el motivo de la adjudicacion desde que ella haya sido hecha en forma.

El artículo 14 citado consulta las conveniencias sociales y se ajusta á los mejores principios de la ciencia ecónomica mas atendidos por la legislacion Colonial, que por algunos fiscales de nuestros dias. En efecto, la ley 15 tit. 12 lib. 4.° R. I. dispone: Considerando el mayor beneficio de nuestros vasallos, ordenamos y mandamos á los virreyes, presidentes y gobernadores que en las tierras compuestas *por sus antecesores no innoven dejando á los dueños en su pacífica posesion.*

El liberalismo de esta ley contrasta con el rigorismo y tirantez de ciertos fiscales que haciendo dudosa y cuestionable la propiedad territorial, deprimen su valor, disminuyendo por consecuencia la renta ó contribucion fiscal.

Con la mira de cortar ese mal tan grave y trascendental se ha espedido muy cuerdamente el enunciado artículo cuyo estricto cumplimiento acabará con la alarma y la intranquilidad de los propietarios de campos, aumentando él valor de estos en provecho de los intereses fiscales.

La segunda parte del articulo tampoco es aplicable al titulo de adjudicacion de mi representado por que en vez de caducar sus derechos por leyes posteriores, esta última disposicion los confirma, sucediendo todo lo contrario con el pretendido título primitivo de los Borches ó su causante Rivera, que no consintiendo si no en un principio de prueba para *acreditar prescripcion*, ya no es admisible ni para adelantar y completar la prueba desde que el propío decreto del 15 de Enero establece en su artículo1.º que las tierras fiscales no podràn trasladarse al dominio particular si no en virtud de un título legítimo de venta, permuta ó *dacion in solutum* ó de donacion compensativa ó remuneratoria teniendose sin embargo por valida y subsistente la cosa juzgada ya.

Esta escepcion no abraza el pretendido título de Rivera ó la informacion de f. 20 en que no hubo cosa juzgada sobre la prescripcion ni se solicitó que la hubiera, pues el apoderado Bejar se guardó la informacion para ir al Durazno á hacerla protocolizar allá como si eso bastase para darle la eficacia de un título.

El estado legal del espediente es el de llevar adelante las gestiones, y ya no es permitido por que no se reconoce propiedad por prescripcion con arreglo al artículo 1.º trascrípto, y el artículo 2.º contiene la prohibicion esplicita á los Tribunales, Juzgados y Oficinas de la Republica de admitir espedientes, acciones ó escepciones que tengan por objeto la validez y progreso de denuncias de campos, *cualquiera que sea su fecha y las diligencias que se hubieren corrido.*

Y mediando todo esto, Exmo. Señor, ¿no seria ilegal, atentatorio y absurdo acordar preferencia al pretendido título de los Borches y declarar que sus derechos á la propiedad y posesion del campo, matería de la contrademanda, son mejores que los de la sucesion Contucci?

La ilustracion de V. E, me garante de que semejante declaracion será revocada si es que V. E. considera que no obstante la prohibicion del citado artículo 14, pueden los Tribunales continuar la cuestion pendiente sobre tal asunto.

En esta confianza cierro el presente informe que suplico á V. E. se digne disponer se agregue á los autos de la materia.

Montevideo, Setiembre 17 de 1867.

Joaquin Requena y Garcia.